

VIGILANCIA DE LA SALUD Y TRABAJADORES CON TRASTORNO MENTAL GRAVE

HEALTH SURVEILLANCE AND WORKERS WITH SEVERE MENTAL DISORDER

CARLOS DE FUENTES G^a-ROMERO DE TEJADA¹

Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 27/02/2017

Aceptado: 11/05/2017

Resumen: El caso del accidente aéreo de la compañía aérea Germanwings ocurrido en marzo de 2015 en el que el copiloto que estrelló el aparato con 150 personas a bordo padecía un problema de salud mental puso en evidencia un problema social y jurídico de primera magnitud: la importancia de realizar una adecuada seguridad y salud para los trabajadores con trastornos mentales graves. Este es uno de los colectivos a los que más le cuesta entrar en el mundo laboral pese a que está científicamente demostrado que ésta atesora beneficios comprobados para las personas que sufren una enfermedad mental grave y puede servir para reducir el gasto en protección social para este grupo de población que actualmente ronda en torno al 3% del Producto Interior Bruto. El presente trabajo se encarga de estudiar la Vigilancia de la Salud para la inclusión laboral de este colectivo y, en concreto, analiza el conocimiento por la empresa de la discapacidad mental del nuevo trabajador; la consideración de estas personas como Trabajadores Especialmente Sensibles; la comprobación inicial de su estado de salud y, en fin, los exámenes de salud para trabajadores con discapacidad mental y su periodicidad.

Palabras clave: Discapacidad, Trastorno mental grave, Vigilancia de la salud, Inclusión laboral, Trabajadores especialmente sensibles.

Abstract: In March 2015, a Germanwings aircraft crashed resulting in 150 people passing away. It was later discovered that its copilot suffered from a mental health problem. This issue highlights a first-order social and legal problem -- the relevance of an adequate safety and health plan for employees with serious mental disorders. This collective faces big entry barriers to employment, although it has already been scientifically proven that working brings remarkable benefits for this group. Moreover, this can serve to reduce the spending in social protection for this collective, which currently amounts to around 3% of the Spanish gross domestic product. The present work focuses on the health monitoring towards the labour inclusion of this collective. In particular, this work analyzes (1) the company's need-to-know regarding the mental disability of the new employee, (2) the consideration of these people as Especially Sensitive Workers, (3) their initial health check, and (4) the particular matters that must be considered to carry out appropriate health checks with a proper periodicity.

Key words: Disability, Severe mental disorder, Health surveillance, Labour inclusion, Especially Sensitive workers.

¹ Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UCM). Director Centro Especial de Empleo Manantial Integra Documenta (Fundación Manantial).

SUMARIO: INTRODUCCIÓN 1. VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD MENTAL: 1.1. El conocimiento por la empresa de la discapacidad mental del nuevo trabajador. 1.2. La consideración de las personas con discapacidad mental como Trabajadores Especialmente Sensibles. 2. LA COMPROBACIÓN INICIAL DEL ESTADO DE SALUD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL. 3. LOS EXÁMENES DE SALUD PARA TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD MENTAL Y SU PERIODICIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El caso del accidente aéreo de la compañía aérea Germanwings ocurrido el martes 24/03/2015 en el que el copiloto que estrelló el aparato con 150 personas a bordo padecía un problema de salud mental puso en evidencia un problema social y jurídico de primera magnitud: la importancia de realizar una adecuada seguridad y salud para los trabajadores con trastornos mentales graves.

Estas personas que padecen una discapacidad mental, denominación que nosotros preferimos utilizando la terminología del artículo primero de la Convención de la Organización de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, es uno de los colectivos a los que más le cuesta entrar en el mundo laboral. En efecto, su tasa de desempleo está por encima del 80% en distintas sociedades de nuestro entorno², e incluso en algunos estudios se indica que puede llegar al 90% o más³. Y, más aún, sólo el 5% de las Personas con Discapacidad Mental (en adelante, PCDM) logra tener un empleo estable⁴. Asimismo, según datos del Instituto Nacional de Estadística es junto con la discapacidad intelectual, el tipo de discapacidad al que le cuesta entrar más en el mundo empresarial⁵. Y ello es así especialmente por

² LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en Pastor, A., Blanco, A. y Navarro, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Síntesis, Madrid, 2010, p. 515.

³ ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., “Trabajadores con Discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional”, *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo* (Internet), n°57, Suplemento 1, 2011, pp. 206-223.

⁴ COMUNIDAD DE MADRID Y OBRA SOCIAL “LA CAIXA”, *Estigma social y enfermedad mental*, Madrid, 2006, citado por AA.VV., FERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Guía de Productos de Apoyo para personas con trastorno mental*, versión electrónica accesible en: <http://www.fundacionmananial.org/guia/guia.html>

⁵ Vid. los sucesivos estudios anuales del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, El empleo de las personas con Discapacidad. Año 2015, 2014, 2013 y 2012, publicadas, respectivamente, en diciembre de 2016, 2015, 2014 y 2013, accesibles en: <http://www.ine.es>. Con los datos de diciembre de 2015, la tasa de actividad de las PCDM se ha incrementado en un 1% hasta llegar al 30,4% y ha logrado superar a las personas con discapacidad intelectual cuya tasa ha descendido 2,5% hasta quedarse en el 28,1%. Esta ratio está mejorando lenta pero progresivamente cada año pues en 2012 sólo era de un 27%. Frente a ello, la tasa de actividad de las personas con discapacidad por déficit auditivo es del 60,1%. Por tanto, hay que tomar medidas efectivas para incrementar la tasa de actividad del colectivo de PCD mental pues es uno de los que más le cuesta acceder al mundo laboral.

⁶ ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., “Trabajadores con Discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional”, cit., pp. 212-213.

la existencia de un estigma social para con el colectivo, cuestión a la que ha pretendido poner coto incluso el Parlamento Europeo⁷.

En 2011, la Organización Mundial de la Salud concluyó que una de cada cuatro personas sufrirá algún problema de salud mental a lo largo de su vida y atribuyó entre otros, a este colectivo de PCD el incremento de tasas de la condición de discapacidad en los últimos años pues en el mundo padecen una enfermedad mental unos 450 millones de personas⁸, existiendo consenso científico en que entre un 1,5 y un 2,5 por mil de la población sufre un trastorno mental grave que sería la condición necesaria para presentar una discapacidad mental⁹. En España, según datos de la propia OMS¹⁰, los trastornos mentales y neuropsiquiátricos representan el 27,4% del conjunto de enfermedades existentes en nuestro país y se estima que en la actualidad un 9% de la población española padece una enfermedad mental¹¹. Asimismo, el coste económico de la atención social de este tipo de enfermedades se estima que pueda ser entre un 3 y 4% del Producto Nacional Bruto en los países europeos¹².

Por todas estas razones se precisan actuaciones suplementarias de apoyo que permitan tanto la inserción laboral efectiva del colectivo de personas con discapacidad mental como su mantenimiento del puesto de trabajo pues aquélla atesora beneficios comprobados científicamente para las personas que sufren una enfermedad mental grave¹³. Entre estas actuaciones destaca la Vigilancia de la Salud que pasamos a estudiar a continuación.

⁷ Al respecto, vid. el Informe del Parlamento Europeo sobre la salud mental [2008/2209 (INI)], de 28 de enero de 2009 que en su considerando “S” indica literalmente: “Considerando que la discriminación y la exclusión social que sufren las personas con problemas de salud mental y sus familias no son solo consecuencia de los trastornos mentales, sino también de su estigmatización, rechazo y marginación, y que son factores de riesgo que oponen obstáculos a la petición de ayuda y al tratamiento”. Vid. también, entre otros, VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar. (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación laboral)*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 76-84.

⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mental Health Atlas 2011*, Department of Mental Health and Substance Abuse, 2011, accesible en: http://www.who.int/mediacentre/multimedia/podcasts/2011/mental_health_17102011/en/.

⁹ BLANCO DE LA CALLE, A., “El enfermo mental con discapacidades psicosociales”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., p. 81.

¹⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mental Health Atlas 2011*, citado.

¹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Mental Health: facing the challenges, building solutions*, 2005.

¹² MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Editado por el propio Ministerio, 2006, citado por AA.VV., FERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Guía de Productos de Apoyo para personas con trastorno mental*, versión electrónica accesible en: <http://www.fundacionmananial.org/guia/guia.html>. De ahí que VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 7, considere a la Salud Mental como el “Desafío socio-sanitario del siglo XXI”.

¹³ HENDERSON, M., et. al., “Work and common psychiatric disorders”, *J. R. Soc. Med.*, nº 104, 2011, p. 199 (versión electrónica), “Estar en el trabajo se asocia con una menor prevalencia

1. VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD MENTAL

Tras la selección de un trabajador, la empresa debe ocuparse de su seguridad y salud, cuestión que se ha calificado por autorizada doctrina como el corazón del Derecho del Trabajo¹⁴. Trataremos de desentrañar las singularidades que tal operación puede tener cuando el empleado que se contrata es una PCDM partiendo de la premisa del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo cuando ratifica que las estrategias de prevención de riesgos laborales en puestos de trabajo ocupados por personas con Discapacidad “deben tener como objetivo común no sólo proteger la salud, sino también facilitar la integración y preservar la empleabilidad de los trabajadores”¹⁵. Se establece, por tanto, en el ámbito de las PCD la conexión directa entre el derecho al trabajo (art. 35 CE) y el derecho subjetivo de crédito inserto en el contrato de trabajo a la seguridad y salud en el trabajo¹⁶ [art. 4.2 d) y 19.1 ET y 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)]¹⁷, de tal modo que el segundo puede ser un facilitador del primero. En efecto, en la medida que en el diseño de un puesto de trabajo se tengan en cuenta los apoyos que pudieran precisar determinadas personas para que pueda llevarlo a cabo, ésta será sin duda una medida muy efectiva para la inclusión laboral de colectivos con dificultades de inserción laboral y, entre ellos y para lo que ahora nos interesa, las PCDM.

El Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 4.2 d) el derecho a la protección de su vida e integridad física (art. 15 CE) que es atendido prioritariamente por las normas de seguridad y salud, reglas que tienen como referente el acervo comunitario y que, además, están provistas también de anclaje constitucional en los art. 40.2 y 43 de nuestra Carta Magna que no sólo exigen a los poderes públicos, como uno de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, el deber de velar por la “seguridad e higiene en el trabajo” sino que, como señala GALIANA “les comprometen a organizar y tutelar algo más amplio, ‘la salud pública’ (concebida

de la depresión y una menor incidencia de suicidio, mientras que estar en desempleo de larga duración conlleva estos riesgos”. Vid. también LÓPEZ ÁLAVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en PASTOR, A., BLANCO, A. y NAVARRO, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, cit., pp. 514-515.

¹⁴ SUPIOT, A., “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *Documentación Laboral*, n° 39, 1993, p. 18.

¹⁵ Nota Técnica de Prevención 1.004, Diseño de puestos ocupados por personas con Discapacidad: adaptación y accesibilidad. publicada en 2014, accesible en: <http://www.insht.es>, p. 1.

¹⁶ Sobre el mismo, vid. extensamente, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, CES, Madrid, 1999, pp. 113 y ss. También, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002, pp. 27, 114-115.

¹⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, norma que se configura como indican MONTROYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Derecho de la Seguridad y salud en el Trabajo*, 2ª edición, McGrawHill, Madrid, 2002, p. 42, en la “columna vertebral del Derecho de la Seguridad y salud en el trabajo”.

como derecho), ‘a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios’”¹⁸.

La seguridad y salud del puesto de trabajo constituye la primera tarea de la empresa una vez que se ha seleccionado la persona a ocupar un puesto de trabajo. E incluso antes pues la discapacidad pudo ser tenida en cuenta en el diseño tanto del propio puesto como de la oferta de trabajo que sirve de base para la selección de personal.

El artículo 14 LPRL contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y establece el correlativo deber empresarial de procurar dicha protección frente a los riesgos laborales. En ese marco, el artículo 22 LPRL regula como deber instrumental del empresario para conseguir el objetivo antes indicado, la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores a su servicio, “que consiste en detectar los efectos que los riesgos inherentes al trabajo pueden provocar en el trabajador, manifestados a través de una alteración de su estado de normalidad orgánica y funcional, tanto física como mental (aún cuando la misma no llegue a constituir un daño derivado del trabajo)”¹⁹. Se trata, pues, de “analizar el estado de salud de los trabajadores con el objetivo de detectar los problemas de salud relacionados con el ambiente laboral y contribuir a controlar los riesgos derivados de la ejecución del trabajo que puedan causar un daño para la salud del concreto trabajador que lo desempeña”, teniendo como última pretensión alcanzar la salud laboral, ideal definido por la OMS como el “más alto grado de bienestar físico, psíquico y social en el ambiente laboral”, entendiendo por bienestar psíquico no sólo la ausencia de patologías psíquicas sino la contribución a que el trabajador se sienta bien consigo mismo; y por salud social el logro “de bienestar con el entorno y el resto de los trabajadores de la empresa íntimamente relacionado con el control de los riesgos psicosociales mejorando los aspectos organizacionales de la empresa”²⁰.

La vigilancia de la salud es un momento clave para los Trabajadores con discapacidad mental (en adelante, TCDM). No en vano, en el momento actual a muchos TCDM ni siquiera se les admite su CV en muchas empresas aduciendo razones de salud laboral pues ‘su patología les impide realizar el concreto puesto de trabajo’ y a otros se les extingue su contrato de trabajo durante el período de prueba tras haber realizado el reconocimiento médico pertinente. Nos vamos a centrar en la vigilancia que se realiza al inicio de la relación laboral que dependerá, por lo pronto, de si la empresa conoce o no que el nuevo trabajador padece una enfermedad mental grave.

¹⁸ GALIANA MORENO, J. M., “Prólogo” al libro de GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002, p. 15.

¹⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004, p. 181, quien cita a su vez a SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001 Civitas, Madrid, 2001, p. 210.

²⁰ Los diferentes entrecomillados en PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., pp. 1 y 2.

Esta es la cuestión inicial y diferenciadora del resto de trabajadores de la empresa y dada la importancia del tema pasamos a estudiarlo en el siguiente apartado.

1.1. El conocimiento por la empresa de la discapacidad mental del nuevo trabajador

La empresa puede conocer la patología mental del trabajador porque éste se lo haya indicado durante el proceso de selección. En ese caso, aquélla deberá establecer en el plan de prevención²¹ la necesidad de realizar de manera obligatoria el reconocimiento médico o examen de salud²² por atesorar el trabajador, como se verá más adelante, la condición de Trabajador Especialmente Sensible (TES)²³. También puede ocurrir que el nuevo empleado elija voluntariamente el examen de salud y que pueda ser el momento escogido por trabajador para indicar que padece un problema de salud mental grave o, incluso, que sea deducido por el equipo de vigilancia de la salud. De hecho, como en todo reconocimiento se pregunta de manera general por si se toma alguna medicación, es muy posible que se conozca de esta manera sencilla la existencia de una patología mental.

Por el contrario, puede ocurrir que el trabajador no se lo haya comunicado y ello es perfectamente posible si la oferta de empleo no fue específica para PCD y el trabajador no lo informó ni en su CV, ni en la entrevista personal. Como quiera que los reconocimientos médicos son, por regla general, voluntarios (art. 22.1 2º párrafo LPRL), si el trabajador no desempeña un puesto de trabajo que esté compelido a pasar por el examen de salud, puede que no se llegue a realizar la vigilancia de la salud del TCDM.

Ahora bien, superado el proceso de selección, la empresa necesita conocer cierta información del nuevo trabajador para cumplir entre otras obligaciones legales con la de seguridad y salud en el trabajo. El problema jurídico se plantea cuando el

²¹ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, pp. 6-7.

²² Expresión preferida por PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., p. 21 debido a que puede recoger mejor las tres dimensiones de salud (física, psíquica y social) que abarca el ideal de salud laboral.

²³ En el mismo sentido de considerar pertinente la Vigilancia de la Salud de los TES, MORENO SOLANA, A., *La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., especialmente pp. 64-65. Vid. también, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médico”, cit., pp. 191-192, quien indica: “como regla general, el trabajador tiene libertad para disponer sobre su salud y en tal sentido, se confiere a los reconocimientos médicos, carácter voluntario, pero esa libertad de disposición se le quita cuando se observa un potencial peligro para su salud y el examen médico resulta imprescindible para verificarlo”. Otro trabajo interesante que apuesta por la misma solución, DÍAZ GARCÍA, J. A., “Propuesta para la vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista Mapfre Seguridad*, Primer trimestre, 2005, p. 54. De la misma opinión, aunque con algún reparo cuando ésta es establecida por la negociación colectiva, PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., p. 116.

trabajador no ha comunicado su circunstancia personal de ser una persona con discapacidad mental pues puede existir bien un derecho del empresario de indagar sobre la salud de su contraparte del contrato de trabajo, bien incluso pueda llegar a poderse plantear una posible obligación del trabajador de comunicar tal circunstancia al empleador.

Dado que la discapacidad está dentro de la esfera íntima del trabajador²⁴ y teniendo en cuenta, como sostiene nuestro TC, que “las características biológicas de una persona, sus condiciones físicas y su estado de salud, pertenecen al más estricto ámbito de su intimidad”²⁵, nos encontramos, pues, en la esfera del derecho a la intimidad del trabajador en el contexto de la relación jurídico-laboral y, más en concreto, en el ámbito de la Seguridad y salud²⁶.

De primeras, debe partirse de la consideración de la seguridad y salud en el trabajo como derechos del trabajador que conllevan la correlativa obligación del empresario de garantizarla “adoptando las medidas que tiendan a eliminar o a reducir al mínimo los posibles riesgos para la integridad física y psíquica”²⁷ de aquéllos en el lugar de trabajo. En efecto, la prevención de riesgos laborales se configura –como antes ya se dijo–, como un derecho básico de los trabajadores establecido en el art. 4.2 d) ET que el empresario debe respetar y tutelar pues, como indica la jurisprudencia de nuestro TS, se predica del empleador un deber incondicionado y prácticamente ilimitado en materia de salud laboral a tenor del cual “deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueren” [SSTS 8 de octubre de 2001 (RCUD 4.403/2000) y 12 de junio de 2013 (RCUD 793/2012)]²⁸.

Por tanto, nos movemos en un ámbito, la prevención de riesgos laborales, en el cual el derecho del trabajador conlleva fundamentalmente una correlativa obligación de protección del empresario²⁹. Y, para el caso de que se entendiera que pudiera

²⁴ GOÑI SEIN, J.L., “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.) y HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Editorial Edisofer e IBdeF, 2009, p. 49: “La salud de la persona es en su misma raíz una expresión del derecho a la intimidad y forma parte de esa zona nuclear de la persona que el derecho a la intimidad protege. Todos los hechos relativos a la salud de la persona del trabajador se integran en su esfera íntima”.

²⁵ SSTC 70/2009, de 23 de marzo (BOE del 27 de abril), FJ 2 y 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.

²⁶ Sobre los problemas entre la intimidad y la vigilancia de la salud, vid. GOÑI SEIN, J.L., “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, cit., pp. 37-71.

²⁷ CRISTOBAL RONCERO, R., “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004, p. 13.

²⁸ RIVAS VALLEJO, P., “Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de derechos de las personas con Discapacidad”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, mayo de 2014, ejemplar electrónico, p. 1.

²⁹ Así lo mantiene RUIZ CASTILLO, M. M., “Derecho a la intimidad y controles de salud en la persona del trabajador: sentencia TC 196/2004, de 15 de noviembre”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA,

haber colisión entre este derecho laboral básico de los trabajadores a la seguridad y salud y la prerrogativa empresarial de salvaguarda de su libertad de gestión de la empresa o de defensa de su interés productivo (art. 38 CE), la doctrina sostiene la prevalencia del primero, al estar conectado con su derecho a la vida e integridad física ex art. 15 CE, sobre la segunda³⁰.

Para continuar, debe escudriñarse el derecho a la intimidad del trabajador para conocer qué alcance puede tener en el ámbito de la relación jurídico-laboral y, en concreto, en la parcela de seguridad y salud laboral.

Como se sabe, el derecho a la intimidad regulado en el artículo 18.1 CE dentro de lo que ha entendido el TC como derechos de la personalidad (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 6) “supone, en general, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás que, por un lado, implica la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona y, por otro, el control por su titular de los datos e información relativos a sí mismo”³¹. Por decirlo con palabras del propio TC en su sentencia 142/1993, de 22 de abril, “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimiento intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”. Derecho a la intimidad que, como el resto de los derechos personalísimos, son imprescindibles para afirmar la dignidad y la libertad de la persona (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 y 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). Esta visión corresponde con un derecho a la intimidad como derecho negativo, esto es, de defensa de la vida privada frente a intromisiones ajenas. Junto a ella, se postula una visión positiva, es decir, como derecho a un concepto subjetivo de intimidad o derecho de “autodeterminación personal”, que puede tener mucha importancia para reconocer la diferencia de las PCD³², que propone que el derecho a la intimidad sea “una garantía institucional del pluralismo y la democracia”³³.

Ahora bien, como todos los derechos fundamentales, la intimidad no es un derecho absoluto y para los trabajadores se puede abrir con la firma del contrato de trabajo una matización de su esfera íntima³⁴ (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7) dado que

J., Dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 411, quien entiende que no hay ponderación de derechos en juego entre el trabajador y el empresario y, por ello, sostiene que deben considerarse irrelevantes las consecuencias económicas o productivas que de ello se deriven.

³⁰ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, cit., pp. 116-120.

³¹ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005, p. 119.

³² En este sentido, tener en cuenta el art. 3 d) de la Convención de la ONU de PCD que establece como principio general de la misma “El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con Discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.

³³ RUIZ CASTILLO, M. M., “Derecho a la intimidad y controles de salud en la persona del trabajador: sentencia TC 196/2004, de 15 de noviembre”, cit., pp. 397 y 408-409.

³⁴ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, cit., pp. 25-26, quien afirma, citando a Rodríguez-Piñero, que “es evidente que el poder de dirección,

se recaban datos personales e información de la vida íntima del trabajador necesarios en el desarrollo de la actividad laboral. El derecho a la intimidad puede ceder ante otros intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen una intromisión en la esfera del trabajador, siempre que tal limitación del derecho fundamental resulte necesaria y no exista un sacrificio desproporcionado a la finalidad perseguida (SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 5º y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5º y, también, STS de 28 de diciembre de 2006³⁵).

La regulación jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito laboral no es excesivamente prolija e igual merecería en este concreto aspecto, como luego se dirá, una atención mayor, de ahí que hasta ahora la aplicación directa de la CE y su interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional adquieren una importancia de primer orden en la configuración del régimen jurídico de este derecho³⁶.

Nuestro Tribunal Constitucional ha escindido del tradicional derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) el “derecho fundamental a la protección de datos” (art. 18.4 CE) dotándole de autonomía con respecto al primero³⁷, cuyo contenido tal como indica la STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 7º) “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. En el caso que nos ocupa, la Discapacidad Mental es un dato íntimo sobre el que el trabajador tendrá, en principio, la capacidad de disponer a quién le facilita ese dato y con qué finalidad.

En este orden de cosas, una vez visto el contexto en el que nos movemos, el alcance del derecho a la intimidad en el ámbito jurídico-laboral y que nos encontramos, como antes se dijo, dentro de un derecho del trabajador que conlleva una obligación empresarial a la tutela de la seguridad y salud, estamos ya en condiciones de

que se enmarca en la libertad de empresa, también reconocida constitucionalmente en el art. 38, puede colisionar con los legítimos derechos de los trabajadores, y no siempre estos deben prevalecer, porque el interés empresarial, en ciertos casos, justifica una «modalización» —o sacrificio parcial— de los derechos fundamentales”; también pp. 29 y 35 y ss.

³⁵ RJ 503/2007.

³⁶ En el mismo sentido, el Magistrado del TSJ de la Comunidad Valenciana LLUCH CORELL, F. J., “Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”, Portal de la Editorial Lefebvre *ElDerecho.com*, 1 de diciembre de 2014, accesible en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/intimidad_del_trabajador-control_empresarial_11_765430001.html. También, RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, cit., p. 35, quien afirma, citando a Pedrajas Moreno y De Vicente Pachés, que en ausencia de una norma que haya precisado el alcance de los derechos fundamentales de la esfera privada del trabajador en la relación laboral, el TC ha insistido en la eficacia de los mismos en el contrato de trabajo si bien con una necesaria adaptabilidad.

³⁷ HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 99 y ss. También, TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la Empresa de los Datos Personales de los Trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005., pp. 44 y ss.

entrar a analizar si existe bien un derecho empresarial a indagar sobre la salud mental del trabajador, bien una obligación de éste a comunicar su condición de PCDM. Luego, en siguientes apartados, veremos qué consecuencias puede tener el conocimiento por el empresario del trastorno mental del trabajador desde el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, debemos indicar que el estado de salud mental de un trabajador es un tema importante para la seguridad y salud en el trabajo y, por tanto, su conocimiento no escapa al ámbito de la prevención. La enfermedad mental grave, que sería la pieza clave para que se pudiera declarar una discapacidad mental, representa una situación que sin duda puede afectar al modo en que el trabajador puede ejercer su actividad profesional, que puede requerir adaptaciones bien del puesto de trabajo, bien de las condiciones laborales en las que se ejercita la actividad y, por ello, la indagación empresarial de una patología mental se sustenta específicamente en la obligación general de seguridad y salud que incumbe al empleador.

La información sobre la salud del trabajador son datos especialmente sensibles por lo que la LOPD (art. 7.3) exige que sólo puedan ser tratados cuando una Ley así lo prevea por razones de interés general o si el interesado consiente expresamente. El tratamiento de este tipo de datos sensibles de los trabajadores va a estar permitido o, más técnicamente, exigido³⁸, por el deber de tutelar la salud y prevenir los riesgos laborales de sus empleados [art. 4.2 d) y 19 ET y 2, 14 y 22 LPRL] que prevé que se manejen sus historias y sus datos de salud si bien el acceso a los mismos únicamente se prevé para el personal médico que lleve a cabo la vigilancia de la salud mientras que al empresario sólo se facilitarán “las conclusiones que se deriven de los reconocimientos realizados” (art. 22.4 LPRL).

Supone una injerencia en la esfera íntima de un nuevo trabajador pero, en consonancia con la jurisprudencia constitucional (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre y 153/2004, de 20 de septiembre y 196/2004, de 15 de noviembre), tal invasión debe considerarse legítima³⁹ puesto que concurren las notas exigidas por el Alto Tribunal, a saber: la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incidos); la indispensabilidad de las pruebas..., y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable”. Ahora bien, al empresario le será exigible lo que algún autor ha denominado “principio de finalidad/pertinencia”⁴⁰, esto es, que los datos que recabe sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito laboral y las finalidades legítimas y explícitas para las que se han obtenido (art. 4.1 LOPD), parece claro que es una intromisión

³⁸ GARCÍA MURCIA, J., “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, n° 13, 2000, p. 25.

³⁹ GOÑI SEIN, J.L., “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, cit., pp. 54-58.

⁴⁰ TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores...*, cit., p. 89.

fundada en la obligación legal de Seguridad y salud. Conocer el estado de salud mental del trabajador es adecuado en el buen entendimiento que se considerarán pertinentes y no excesivos únicamente aquellos datos de la patología mental que puedan afectar a la actividad laboral como por ejemplo, efectos secundarios del tratamiento farmacológico necesario y su posible incidencia en el ámbito productivo, horario y frecuencia de los seguimientos médicos, qué necesidades observa el trabajador para la ejecución adecuada de la función para la que ha sido contratado y, en general, todos los que puedan ayudar a realizar la adaptación psicosocial del puesto de trabajo, cuestión que detallaremos más adelante. En este sentido, se deberían considerar excesivos aquellos aspectos de la patología mental que no guarden relación con la actividad productiva (sobre todo de la historia clínica que debe ser sólo analizada por el especialista en psiquiatría o psicología y no tanto por el de vigilancia de la salud de la empresa).

Tal como se exige en la LOPD, la recogida, archivo y eventual tratamiento de datos de los trabajadores habrá de realizarse conforme a las previsiones legales, quedando prohibida “la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos” (art. 4.7 LOPD). En la relación laboral, tal comportamiento podría entenderse recogido sin necesidad de otro pronunciamiento explícito de la obligación para ambas partes del contrato de ajustar su comportamiento a las exigencias de la buena fe (art. 20 ET). La empresa habrá de informar al TCDM del motivo por el cual quiere recoger estos datos sobre su salud. De conformidad al artículo 5 LOPD tal información debe ser previa, expresa, precisa e inequívoca, mostrando al trabajador que si no contesta sobre su discapacidad, luego no podrá solicitar la adaptación del puesto de trabajo que fuera necesaria. Por último, en relación a los datos de carácter personal, debe indicarse que “serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (art. 4.5 LOPD). Tal previsión aboca a la cancelación de los datos cuando el contrato de trabajo se extinga.

Hay posiciones doctrinales en la misma línea de lo que se acaba de mantener. Así, ALAMEDA CASTILLO indica que “en relación a los datos de salud, el candidato a un empleo no disfruta de un derecho ilimitado a mantener en secreto su estado de salud pues el empresario está obligado a prevenir riesgos laborales y a adoptar determinadas medidas orientadas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Con carácter general y previo consentimiento del afectado, el empresario podrá recabar datos de sus trabajadores para atender a las exigencias de su organización productiva y para dar cumplimiento a su deber de tutela de la seguridad y salud de aquéllos, con los límites y garantías establecidos en el art. 22 LPRL y en línea con lo dispuesto en el art. 8.2 b) de la Directiva 95/46”⁴¹.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, una vez seleccionado un trabajador no sólo la empresa puede preguntar –cuestión que debe realizarse como ha quedado

⁴¹ ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios Previos al Contrato de Trabajo y Discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 291-292.

indicado en el ámbito de los exámenes de salud que dan cumplimiento a la obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores ex art. 22 LPRL⁴²-, sino que en este concreto aspecto, consideramos que las PCDM tendrían la obligación de comunicar su patología mental al empleador. Es cierto que es una cuestión estrictamente personal, de su vida privada y una condición que afecta a lo más hondo de su intimidad. Pero no lo es menos que el trabajador ya está seleccionado y que puede afectar a su desempeño laboral y puede precisar adaptaciones que escapan de lo que el trabajador puede conocer y que por ello, afectan a la obligación de tutela de la seguridad y salud en el trabajo que debe desempeñar el empresario⁴³. Por tanto, dado que la enfermedad mental grave puede repercutir de manera directa en la actividad laboral, se exige que el trabajador comunique tal circunstancia al empleador una vez que ya ha sido seleccionado y con la exclusiva finalidad de adaptar a sus circunstancias personales su puesto de trabajo.

En relación a esta obligación del empleado debemos indicar, en primer término, el interés que se quiere proteger con la misma⁴⁴. Fundamentalmente, con aquélla se busca en nuestra opinión proteger la vida e integridad física del propio trabajador y, además, que el empresario pueda cumplir su deber de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores. Pero como quiera que el estado de salud mental del trabajador repercute en la colectividad que le rodea, con esta obligación que consideramos que debe imponerse al TCDM se está protegiendo el interés de la empresa y de la comunidad organizada en el Estado en la medida en que la acción de este nuevo empleado puede repercutir en el resto de trabajadores de la empresa y terceras personas que se relacionan con ésta⁴⁵. Por tanto, se están protegiendo intereses privados y públicos⁴⁶.

En segundo término, por lo que respecta al fundamento jurídico de esta concreta obligación del nuevo trabajador de comunicar su patología mental, que tiende a proteger como acabamos de ver intereses privados y públicos, entendemos que emana fundamentalmente de la buena fe y del deber de diligencia y colaboración (art. 20

⁴² Un ejemplo es la STSJ Islas Baleares, de 12 de mayo de 2006, citada en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 143.

⁴³ El caso del accidente aéreo de la compañía aérea Germanwings ocurrido el martes 24/03/2015 en el que el copiloto que estrelló el aparato con 150 personas a bordo padecía un problema de salud mental es un ejemplo clarificador de la importancia de realizar una adecuada seguridad y salud en el trabajo.

⁴⁴ Sobre la teoría del interés y los deberes de seguridad y salud en el trabajo vid., extensamente, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El deber de Seguridad y salud en el trabajo*, cit., pp. 41 y ss.

⁴⁵ En el mismo sentido, STSJ Islas Baleares, de 12 de mayo de 2006, citada en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 143.

⁴⁶ Este hecho de proteja intereses colectivos es el que permite considerar legítima esta injerencia en la esfera privada del TCDM. En el mismo sentido, GOÑI SEIN, J.L., "Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador, cit., pp. 57-58.

ET)⁴⁷. RODRÍGUEZ CARDO es de la misma opinión al afirmar que si la condición personal tiene repercusión sobre la relación laboral el principio de buena fe obliga al trabajador a comunicar tal clase de circunstancia pues, de lo contrario, no podrá “posteriormente exigir adaptaciones del puesto derivadas de una condición preexistente que voluntariamente no comunicó”⁴⁸.

Esta obligación no viene recogida expresamente en el articulado de la LPRL. Específicamente no se contempla en el artículo 29 del mismo cuerpo legal que versa sobre el grueso de las obligaciones del trabajador en esta materia. Ahora bien, se podría deducir de alguno de sus enunciados. MORENO SOLANA también aboga por la misma solución y trae a colación dos obligaciones legales establecidas en los artículos 29.2.4 (“informar de inmediato a su superior jerárquico (...) acerca de cualquier situación que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo”) y 29.2.6 LPRL (“cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores”), sobre todo esta última. Se trata de obligaciones de hacer, que exigen que el trabajador sea un auténtico agente de su propia seguridad⁴⁹.

Dado que la obligación que preconizamos no está contemplada explícitamente en nuestra norma de PRL, se podría traer un caso distinto en el que la legislación europea, transpuesta con posterioridad a nuestro Ordenamiento Jurídico, sí exige la comunicación al empresario para que se pueda habilitar la tutela de Seguridad y salud de la empleada por parte del empresario. Nos referimos, en concreto, a la comunicación por la trabajadora de su estado de embarazo, obligación recogida en el art. 2 a) de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁵⁰. El embarazo –de forma idéntica a como ocurre con la discapacidad mental–, es una situación sólo conocida en un primer momento por la empleada. Para que se pueda poner en marcha la protección específica que el Ordenamiento Jurídico prevé para el estado de buena esperanza se exige que se comunique (de manera inequívoca, sea ésta expresa, tácita, formal o informal). De igual modo, se puede sostener que para que el empresario deba establecer la adaptación psi-

⁴⁷ En el mismo sentido, vid. sobre el fundamento en general de las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo POQUET CATALÁ, R., *Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Bo-marzo, Albacete, marzo 2015, pp. 41-41.

⁴⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo (Asturias), 2009, pp. 41-42.

⁴⁹ MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 332-333, 216-217, también en nota al pie de la página 49.

⁵⁰ Sobre la obligación de la trabajadora de comunicar su embarazo, vid., GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, entre otras pp. 31-32.

cosocial del puesto de trabajo para la PCDM, ésta debe comunicar su patología a la empresa.

Por consiguiente, nuestra posición es proclive a considerar que el TCDM deba comunicar su condición al empleador una vez haya sido seleccionado; no obstante, pese a que el trabajador ya es parte de la plantilla de la empresa y ha firmado su contrato de trabajo no lo es menos que éste está tan en los albores que puede incluso que la prestación de trabajo aún no haya comenzado. En este momento, exigirle al trabajador que deba transmitir una circunstancia personal como la que estamos contando requiere una salvaguarda legal taxativa para evitar que pueda tener alguna repercusión negativa en la recién iniciada relación laboral.

De ahí que abogemos por un pronunciamiento legal expreso que dé seguridad jurídica tanto a la empresa como al trabajador. A la parte empleadora esta regulación le supondrá el marco jurídico estable en el que apoyarse para poder recabar sin ambages datos que precisa para su obligación legal de seguridad y salud laboral⁵¹. Y para el empleado con discapacidad mental, le dará confianza para poder transmitir esta condición a la empresa a sabiendas que ha superado el proceso de selección, detenta las características y competencias que la empresa busca y tiene el derecho a ponerlas en práctica en la relación jurídico-laboral que va a comenzar y que la empresa sólo utilizará la información de la existencia de una discapacidad mental a efectos de poder adaptar el puesto de trabajo o las condiciones laborales en beneficio del trabajador.

La regulación jurídica que se propone consiste en establecer una obligación a la empresa de formalizar jurídicamente su decisión de contratación. Esto es, la empresa debe exteriorizar su disposición de poner fin al proceso de selección designando, además, la persona elegida para ocupar el puesto de trabajo. En ese momento, todas las demás personas que fueron entrevistadas pasarán a ser candidatos descartados y sólo una de ellas será la elegida. A partir de la exteriorización de su decisión, la empresa podrá llamar al candidato elegido y recabar la información necesaria bien para la firma del contrato, bien para la obligación legal de la cotización a la seguridad social⁵², bien para la tutela de la seguridad y salud del nuevo trabajador de su empresa, etc.

Consideramos que, además de regularse de manera general por medio de un precepto legal, este es un campo abonado para la regulación por parte de la negociación colectiva (que podrá exigir por ejemplo, una comunicación a la representación de los trabajadores del fin del proceso de selección, publicación en la intranet de la empresa, puesta en conocimiento a los candidatos descartados por un medio concreto, etc.).

⁵¹ Recordemos que la STC 70/2009, de 23 de marzo (BOE del 27 de abril), establece en su FJ tercero la exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad.

⁵² Téngase en cuenta que las PCD según el tipo y grado de discapacidad pueden tener una menor cotización a la Seguridad Social y durante el proceso de selección la empresa no puede preguntar cierta información en relación a la discapacidad pues puede considerarse atentatorio del derecho a la intimidad y no discriminación de la PCD.

En todo caso, sea como fuere, lo cierto es que una vez conocida la condición de TCDM⁵³, es momento de estudiar qué cuestiones puede provocar en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Algunos son comunes con cualquier otro trabajador pues la empresa está obligada a identificar, en primer término, qué tareas del puesto de trabajo pueden ser perjudiciales para la salud del nuevo empleado. O si hay concretos aspectos de la organización de la empresa que le puedan afectar negativamente y si ello debe ser tenido en cuenta por la empresa y ser modificados en alguna medida con carácter previo al comienzo de los trabajos. No obstante, esta operación puede tener peculiaridades propias por ser un trabajador con discapacidad y más en concreto con trastorno mental grave pues sus características personales pueden ser más singulares que un nuevo empleado que no padezca una enfermedad mental y ello hará más laboriosa esta inicial y siempre difícil tarea de la evaluación de riesgos profesionales. Estas características singulares se encierran legalmente en el art. 25.1 primer párrafo de la LPRL que versa, como es sabido, en una protección específica para los Trabajadores Especialmente Sensibles (en adelante, TES).

Otra cuestión sí es específica de los trabajadores con discapacidad y se hace imprescindible en la discapacidad mental, a saber: la empresa deberá comprobar ex art. 25.1 2º párrafo LPRL, que el estado del trabajador le permite realizar las labores esenciales del puesto de trabajo con carácter previo al inicio del trabajo.

Estudiemos cada uno de ellos a continuación.

1.2. La consideración de las PCDM como Trabajadores Especialmente Sensibles

Nuestro ordenamiento jurídico prevé como principio general de la tutela de Seguridad y salud recogida en la Constitución la adaptación del trabajo a la persona [art. 15.1 d) LPRL] que deberá tenerse presente en la ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador en cualquier relación laboral. Tal axioma supone, como ya han resaltado diversos autores, que en nuestro Derecho nacional por influencia del ordenamiento comunitario se ha producido un cambio trascendente en el cual el principio de la “adecuación del trabajador al trabajo” (recogido en los artículos 164 y 243 de la Ley General de la Seguridad Social), haya sido desplazado, pasando a jugar un papel meramente complementario con respecto al principio de la “adaptación del trabajo a la persona” (recogido los artículos 15.1 d) y 25.1 LPRL)⁵⁴.

⁵³ Conforme al tercer párrafo del artículo 22.4 LPRL al empresario se le comunicará esta circunstancia para poder introducir medidas de prevención ad hoc para el TCDM. Literalmente indica “No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”. Seguimos en este punto a PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, cit., pp. 126 y ss.

⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p.

Esta regla general es válida como derecho subjetivo de crédito⁵⁵ para todas las personas sujetas a un contrato de trabajo y por ello bastaría para atender las circunstancias especiales de las PCD pero, a pesar de ello, junto a esta protección genérica la LPRL ha querido establecer un tratamiento legal específico para los trabajadores con alguna especial sensibilidad a determinados riesgos. Para las PCDM este artículo 25.1 LPRL debe considerarse como la piedra angular de la protección de seguridad y salud y todo parte de la consideración de Trabajador Especialmente Sensible (TES) y a su análisis dedicamos el presente apartado.

Es claro que aquellos trabajadores con discapacidad mental que tengan reconocida legal y administrativamente esta condición y, por tanto, estén en posesión del certificado de discapacidad son, por ministerio de la Ley, TES. Evidentemente, tal condición debe haber sido comunicada al empresario y, a partir de ese momento, le será de aplicación la protección específica prevista en el art. 25 LPRL que conlleva una obligación de hacer específica por parte de la empresa y que desarrollaremos en los siguientes apartados.

Para interpretar correctamente este apartado en relación a las PCD, tal como indica TORRENTS MARGALEF “lo que la ley sugiere es que dichos trabajadores son *potencialmente* más sensibles que los demás, por lo que el empresario habrá de tener en consideración este rasgo particular para ver si son necesarias medidas protectoras adecuadas”⁵⁶, pudiendo ocurrir que tras esa evaluación específica se llegue a la conclusión de que el trabajador a pesar de tener la condición de PCD no resulta ser especialmente sensible a los riesgos profesionales. Esta aseveración que este autor lo indica para toda PCD sería válida también para las PCDM por lo que se concluye que cuando tiene el reconocimiento legal de la discapacidad, la situación exige un plus de vigilancia en verificar cómo le pueden afectar los riesgos del puesto de trabajo, teniendo especial cuidado –como luego se detallará–, en los riesgos psicosociales. A las PCDM les pueden afectar en mayor medida que al resto de la población los factores psicosociales del trabajo y la organización de la empresa y, de ahí, su consideración de Trabajadores Especialmente Sensibles.

Situación distinta es la del trabajador con enfermedad mental grave que no tenga el reconocimiento legal de discapacidad cuestión que no es general pero puede no ser infrecuente. En este caso, desde nuestro punto de vista nos encontraríamos en el supuesto contemplado en el mismo precepto 25.1 LPRL ante un trabajador “que, por sus propias características personales o estado biológico conocido” tiene una mayor sensibilidad a los riesgos profesionales por lo que también tendría que ser

235 y TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, cit., p. 255.

⁵⁵ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, cit., pp. 113 y ss.

⁵⁶ TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con Discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 259.

considerado un TES. En efecto, tal como se ha indicado por la doctrina⁵⁷, el primer párrafo de este artículo 25.1 toma como referencia el elemento subjetivo frente al puesto de trabajo que desempeña el empleado y, por ello, la protección vendrá fijada por los aspectos o características que concurren en el trabajador. En este caso, no estaría englobado dentro del colectivo de PCD pero ello no significa que el trabajador que presente un trastorno mental grave aunque no haya pasado por el trámite para tener el certificado de discapacidad no pueda ser reconocido como Trabajador con Especial Sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo. Así lo mantienen diversos autores⁵⁸ y se desprende no sólo del tenor literal del precepto 25.1 LPRL estudiado sino también de la propia normativa específica y general de la discapacidad tanto nacional (artículos 4.1 y 2, 63 y 64 LGD) como de Naciones Unidas (art. 5 de la Convención sobre los Derechos de las PCD) que vienen a poner el foco en la existencia de la discapacidad más que en el reconocimiento oficial administrativo de la misma para tener derecho a las medidas de apoyo y antidiscriminatorias necesarias para su inclusión social.

Ahora bien, al no tener el reconocimiento legal de discapacidad, el TCDM deberá probar que concurre en él la especial sensibilidad a través de la comunicación de su patología mental como indicamos en el anterior apartado o, mejor aún, de la conexión entre ésta y el puesto de trabajo o las condiciones de trabajo que le pueden afectar de manera mayor que al resto de los trabajadores de la empresa⁵⁹.

En todo caso, tenga o no acreditada oficialmente la discapacidad, la PCDM entendemos que debe ser considerada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo puesto que como ya indicase GARCÍA-PERROTE la especial sensibilidad se halla en el trabajador y no en el puesto de trabajo a desempeñar por lo que un mismo puesto puede que entrañe o no riesgos en función de las connotaciones personales del trabajador⁶⁰. De ahí que se deba concluir que el trabajador afectado por una discapacidad mental, atesora un condicionante de tipo psíquico “que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos del trabajo, riesgos profesionales que aparecen como consecuencia de esos condicionantes personales, o que siendo los riesgos que afectan a cualquier trabajador, en el caso de éstos se agravan como con-

⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V., et al., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, cit., p. 235.

⁵⁸ Así opinan MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., p. 46 y TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, cit., p. 259.

⁵⁹ Siguiendo en este punto a MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., pp. 325 y, fundamentalmente, 43-44 cuando indica: “La diferencia entre aquel trabajador especialmente sensible, que lo es por sus peculiaridades, y aquel que es especialmente sensible porque pertenece a un colectivo, es que el primero tendrá la carga de probar que en él concurre esta condición; y sin embargo el que pertenezca a un colectivo, sólo por ello, ya se va a presuponer su especial sensibilidad”.

⁶⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Directores), *Seguridad y salud en el trabajo*, Editorial La Ley, Madrid, 1997, p. 37.

secuencia de las particularidades que les caracterizan”⁶¹. Por ello, la consideración como TES brindará a la PCDM una protección específica exigiendo al empresario la realización de diversas actuaciones de las que trataremos enseguida.

2. LA COMPROBACIÓN INICIAL DEL ESTADO DE SALUD DE LA PCDM

Conforme al segundo párrafo del artículo 25.1 LPRL “los trabajadores no serán empleados en aquéllos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

Por tanto, no es un puesto de trabajo peligroso per se sino que lo que le convierte en peligroso es el TCDM que lo ocupa y, por ello, tal precepto legal exige a la empresa comprobar que el trabajador reúne las condiciones psicofísicas adecuadas para el desempeño de las labores inherentes al puesto de trabajo y que su estado de salud no supone ningún peligro ni para el propio trabajador ni para el resto de empleados de la empresa. El objetivo de esta prohibición legal es garantizar la seguridad y salud y no perjudicar al trabajador⁶².

Sin duda, tal como ha indicado la doctrina, este precepto supone la excepción a la regla de la adaptación del puesto de trabajo a la persona. En este caso la esencia de este párrafo responde al principio de adecuación del trabajador al trabajo que impone que no se podrá consentir emplear a un TCD en general, y con discapacidad mental en particular, si se aprecia que es racionalmente probable que de la interacción de su discapacidad con el puesto de trabajo a ocupar, o con determinadas tareas del mismo, se materialice un riesgo en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud del mismo trabajador o de otras personas “el veredicto legal será la interdicción de adscribir al trabajador [con discapacidad mental] a dichos puestos de trabajo o a encomendarle aquéllas tareas. En este sentido, los efectos de la previsión del art. 25.1 LPRL encarnan una limitación ex ante al ejercicio de los poderes de dirección del empresario (en cuanto al derecho que tiene a asignar concretas tareas a sus empleados) y a su derecho de variar las condiciones de trabajo (a través de las figuras jurídicolaborales de la movilidad funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo)”⁶³.

Las consecuencias para el empresario por la adscripción de TCDM a puestos de trabajo cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales, así

⁶¹ MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., p. 57.

⁶² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, cit., p. 40.

⁶³ TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud...”, cit., p. 277.

como su dedicación a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, supone una falta grave (art. 12.7 LISOS) que, incluso, podría llegar a ser muy grave cuando, además, de esta situación se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 13.4 LISOS)⁶⁴.

Un ejemplo del supuesto de hecho que estamos analizando lo encontramos en la STSJ de las Islas Baleares, de 12 de mayo de 2006⁶⁵ en la cual se enjuicia la legalidad de una decisión empresarial por la cual no se renovó el contrato temporal de una Médico Interno Residente afectada por Trastorno Bipolar al alegar que la reincorporación de la trabajadora supondría un grave riesgo para su salud mental y un riesgo añadido de responsabilidad profesional contraído por el hospital donde trabajaba como residente. La Comisión Docente del citado Hospital elaboró un informe desfavorable y el Tribunal confirmó la procedencia de la extinción del contrato al entender que la “finalidad de impedir el riesgo patente para la salud de terceros que entraña el ejercicio de funciones médicas por personas cuyas condiciones particulares le incapacitan para esa tarea, legítima –y hasta puede decirse que un elemental sentido de la responsabilidad lo convierte en exigencia ineludible–, que la decisión de no renovar el contrato de formación del demandante como facultativo especialista tome en consideración, como un elemento más del juicio, la información relativa a la enfermedad mental de éste que facilitan los exámenes psiquiátricos que se le han practicado”, y concluye que, “Si, de acuerdo con la doctrina constitucional, en ciertos supuestos deviene ilícito, por excepción, utilizar la información médica derivada de reconocimientos médicos obligatorios, con mayor razón será, en supuestos donde también están en juego intereses prevalentes de terceros, el empleo de la obtenida de unas exploraciones que el actor ha consentido libremente. Así sucede, respecto del actor, a quien inclusive, difícilmente se la podría haber ocultado, por las características de la especial relación de trabajo que había entablado en el centro sanitario, la trascendencia que sobre el mantenimiento de dicha relación podría tener el conocimiento de que sufre una dolencia psíquica de entidad grave”.

Concretando cómo ha de realizarse la efectiva comprobación de la capacidad laboral de las PCDM, entendemos que tal examen debe realizarse con la entrevista psiquiátrica semiestructurada siguiendo las pautas técnicas recomendadas al efecto⁶⁶.

⁶⁴ Al respecto, vid. la STSJ Cataluña nº 7.369/2006, de 30 de octubre (AS 2007/168) sobre el alcance de la Prevención de Riesgos Laborales y la prohibición de asignarles a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales, estado biológico o Discapacidad.

⁶⁵ Citada en VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación de trabajo)*, cit., p. 143.

⁶⁶ Vid. AA.VV., (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, Edita Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Madrid, 2012, accesible en: <http://publicaciones.isciii.es/unit.jsp?unitId=enmt>, pp. 32 y ss. En la entrevista psiquiátrica (semiestructurada) se debe dejar al TCDM “que hable libremente, evitando preguntas directas, así como el enfrentamiento y las interpretaciones personales, realizando una transcripción literal de los síntomas relevantes”.

En particular, se trata de una entrevista clínica ajustada al concreto puesto de trabajo y orientada al conocimiento del problema de salud mental y la sintomatología asociada y las posibles repercusiones de su situación personal, social y laboral en el desempeño del trabajo. En estos casos es fundamental que el médico del trabajo realice:

1. Una exhaustiva historia clínico laboral de los antecedentes laborales, familiares y personales.
 - a. Laborales: descripción de trabajos anteriores y tiempo de permanencia y las causas de terminación, especialmente de abandono);
 - b. Familiares (antecedentes psiquiátricos en la familia, riesgo genético por conductas de adicción en padres y cargas o problemas familiares importantes);
 - c. Personales (ansiedad y mala respuesta adaptativa al estrés, somatizaciones, trastornos psicológicos y/o psicopatológicos (cuadros depresivos previos, trastornos desadaptativos, trastornos de personalidad, patrones de baja autoestima) o de conductas adictivas previas.
2. Y, por otro lado, una descripción detallada de las características, condiciones y funciones del puesto de trabajo.

Se considerará durante toda la entrevista la posibilidad de riesgo para la seguridad del propio TCDM o para terceros, bien a partir de lo que indica el propio trabajador, bien por quejas y/o reclamaciones sobre ese profesional recogidas por escrito, que hagan presuponer el riesgo o, en fin, por manifestaciones en este sentido, reiteradas y concretas, de compañeros y/o supervisores.

Para estos casos consideramos que es muy relevante la información que pueda tener el servicio de vigilancia de la empresa de otros dispositivos especializados que puedan conocer al nuevo TCDM. En concreto, sería muy interesante la coordinación con el equipo médico de salud mental que atiende al trabajador, su médico de atención primaria y, en su caso, del Centro de Rehabilitación Laboral (o como se denomine en cada Comunidad Autónoma)⁶⁷ que pueda estar apoyando a la PCDM para la obtención y mantenimiento del puesto de trabajo. En este sentido, sería muy recomendable que existiera un Protocolo de Vigilancia de la Salud para TCDM⁶⁸ en el cual viniera recogido que sea el propio trabajador quien entregara los informes pertinentes de cada uno de estos dispositivos para su conocimiento e interrelación. En concreto, el informe del Centro de Rehabilitación Laboral puede ser clave para reconocer si hay peligro para la propia PCDM o para terceros dado que estos centros, especializados en itinerarios individualizados de recuperación para el empleo para este colectivo de trabajadores en riesgos de exclusión social, suelen conocer a la perfección las habilidades laborales y los puestos de trabajo más aptos para el concreto

⁶⁷ Servicio Social especializado en la inserción laboral de personas con Discapacidad mental existen en varias Comunidades Autónomas con diversa denominación.

⁶⁸ Sobre la conveniencia de un protocolo de Vigilancia de la Salud para TES, vid. MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, cit., pp. 70-71.

TCDM. Esta interrelación entre el Servicio de Vigilancia de la salud de la empresa y estos dispositivos sociosanitarios comunitarios así como “la comunicación con la Organización (Jefes, Mandos Intermedios y Direcciones correspondientes) es esencial para la adecuada implantación de las medidas de prevención y adaptación del trabajador al puesto de trabajo, así como para la revisión periódica de su eficacia”⁶⁹.

Lo habitual es que el trabajador no se encuentre con alteración del estado de salud mental pues acaba de superar un proceso de selección pero, en caso de que así fuera, se valoraría específicamente debiendo prestar especial atención a señales de alarma como: comportamientos con patrones desadaptativos de conducta e incumplimiento manifiesto de las demandas propias del rol profesional, hiperreactividad al estrés cotidiano, incumplimiento de los hábitos básicos de salud y autocuidados del aspecto externo, la existencia o no de conciencia de enfermedad del TCDM, disponibilidad de apoyo sociofamiliar, etc.⁷⁰. En estos casos, evidentemente, se precisaría una situación de incapacidad temporal para poder superar el estado agudo de sintomatología psicótica para, después, poder realizar la valoración de la capacidad laboral del trabajador y poder determinar si existe riesgo para sí mismo o para terceros si desempeña ese puesto de trabajo. Se entiende que es una situación transitoria pasada la cual podrá ejercer el trabajo con normalidad y con necesidad de adaptaciones y apoyos. Si no fuera un escenario coyuntural nos enfrentaríamos a una imposibilidad para realizar esa profesión.

Una vez visto cómo ha de realizarse al TCDM el examen de salud, estamos en disposición de responder a la pregunta de cuándo se podrá indicar que padecer un problema de salud mental grave conlleva la existencia de un peligro potencial para la realización de un concreto puesto de trabajo. Por regla general, padecer una enfermedad mental grave no lleva aparejado per se no poder realizar determinados puestos de trabajo. Ello debe quedar meridianamente claro: se debe partir de que las personas con trastorno mental grave pueden realizar el puesto de trabajo del que han superado el proceso de selección. Dicho con otras palabras, a la PCDM que cumple teóricamente los requerimientos técnicos específicos para el puesto y, por ello, supera el pertinente proceso de cobertura de vacante en una empresa, no se le puede indicar automáticamente que como tiene una enfermedad mental grave no es apto para realizar el trabajo. Para que ello pudiera ocurrir debería ampararse en una norma que así lo indicara y eso ocurre, que sepamos, únicamente en puestos de trabajo muy concretos relacionados con trabajos militares⁷¹ o de pilotaje de aviones⁷², y ex-

⁶⁹ AA.VV. (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, cit., p. 49.

⁷⁰ ÍDEM, p. 35.

⁷¹ Vid. la Orden PRE/2622/2007, de 7 de septiembre, que aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación. Actualizado en 2009.

⁷² Vid. al respecto, el Reglamento UE 1.178/2011, de 3 de noviembre de 2011 (DOUE de 25 de noviembre de 2011), por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil en virtud del Reglamento (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y, en su desarrollo la Agencia Europea de Seguridad de la Aviación establece unos requerimientos específicos para los certificados médicos

clusivamente para determinadas patologías mentales. Analicemos, por ejemplo, este último supuesto en el cual la Agencia Europea de Seguridad de la Aviación establece para poder dar el certificado médico de aptitud que los solicitantes con una historia o diagnóstico clínico de esquizofrenia serán evaluados como no aptos. Por su parte, para las personas que soliciten el certificado médico con un diagnóstico clínico de trastorno del estado de ánimo; trastorno neurótico; trastorno de la personalidad o trastorno mental o del comportamiento, en estos casos deberán pasar una evaluación psiquiátrica satisfactoria antes de considerar la evaluación de aptitud. Por último los solicitantes con una historia de actos significativos o repetidos de autolesiones deliberadas deberán pasar una evaluación psiquiátrica satisfactoria y/o evaluación psicológica antes de ser considerados aptos. Por tanto, como vemos, sólo es automática la no aptitud, aunque sin aducir razón alguna para ello, para el puesto de piloto de avión para las personas con diagnóstico clínico de esquizofrenia, siendo posible para otras enfermedades mentales graves siempre que pasen una evaluación psiquiátrica de forma satisfactoria.

Por tanto, como antes dijimos, salvo que venga establecido expresamente en una norma, todo puesto de trabajo puede ser desempeñado por una PCDM.

Ahora bien, lo que debe hacer el reconocimiento médico es ratificar que el TCDM posee suficiente conciencia de enfermedad, sigue el tratamiento médico y farmacológico prescrito y mantiene, en su caso, un adecuado seguimiento psicológico y social. Comprobadas estas “condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” [art. 4.c) 2º párrafo ET], el resultado del reconocimiento médico debería ser la idoneidad sanitario-laboral⁷³. Y, para el caso de tener alguna duda, dado que el trabajador ha superado el proceso de selección, debería permitirse su ejercicio con las adaptaciones y seguimientos que fueran pertinentes. Asimismo entendemos muy relevante antes de dar un certificado negativo de aptitud revisar si hay otros casos de TCDM en la empresa realizando el mismo puesto de trabajo, agotar con carácter previo todas las posibilidades de adaptaciones del puesto de trabajo⁷⁴ y, sobre todo, que se pueda apoyar en un informe del equipo especialista en salud mental que trata a este empleado. Todo ello nos lleva a concluir que sería preciso, como antes anunciamos, un Protocolo de Vigilancia de la Salud para los TCDM.

(Acceptable Means of Compliance and Guidance Material to Part-MED, elaborado el 15 de diciembre de 2011), ejemplar fotocopiado, para psiquiatría especialmente p. 53.

⁷³ Así lo denomina DÍAZ GARCÍA, J. A., “Propuesta para la vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles”, cit., p. 44.

⁷⁴ En el mismo sentido, IBÍDEM. También, MORENO SOLANA, A., *La Vigilancia de la Salud de los Trabajadores Especialmente Sensibles*, cit., p. 348 que llega a decir: “Antes de llegar a la extinción, deben intentarse todas las posibles alternativas que eviten tal situación, como la movilidad funcional, la modificación sustancial de condiciones de trabajo o incluso el cambio a otro centro de trabajo”.

3. LOS EXÁMENES DE SALUD PARA TCDM Y SU PERIODICIDAD

Como antes dijimos, aparte de la comprobación inicial de la capacidad laboral del TCDM que acabamos de desarrollar, relacionado con la vigilancia de la salud la empresa debe determinar el alcance de los riesgos profesionales a los que está expuesto este trabajador en la empresa, sin necesidad de que se demuestre la gravedad de tales riesgos por ejemplo con el advenimiento de una baja médica.

De hecho, como ya se ha indicado por algún autor, para establecer un nivel de protección de la salud de los trabajadores adecuado, hay que tener en cuenta las condiciones objetivas (puesto de trabajo, equipos de trabajo, ambiente en el que se desarrolla, etc.) y las subjetivas, es decir, las características de las personas que van a desarrollar esos trabajos y van a manejar y utilizar los equipos de trabajo enfrentándose a todas las condiciones que se configuran en su puesto de trabajo⁷⁵.

La vigilancia de la salud resulta ser una cuestión estratégica para las PCDM pues a través de ella se permite controlar los efectos sobre la salud de los programas de prevención que se han adoptado en una empresa para conseguir una óptima salud del trabajador, de ahí la importancia de la vigilancia de la salud como instrumento de valoración de una nueva evaluación de riesgos laborales o de una revisión de la ya existente⁷⁶. Por tanto, tras dicha evaluación de riesgos, lo lógico es revisar cómo está influyendo en la salud del trabajador la realización del concreto puesto de trabajo. Además de ello, entendemos que para los TCDM el servicio de Vigilancia de la Salud debe tener un papel con mayor protagonismo que para el resto de los empleados dado que puede ser un aliado muy importante para detectar situaciones de desestabilización del trabajador y puede ayudar a la empresa en momentos de cambios de funciones o de sistemas de trabajo o de mayor carga laboral. De esta manera, en el Protocolo de Vigilancia de la Salud específico para TCDM ya propuesto en el punto anterior, se debe establecer unos seguimientos médicos periódicos para labrar el denominado “enganche terapéutico”, esto es, vincularse con el TCDM para que sirva en los posibles momentos en los que el trabajador pueda tener una recaída, aunque sea leve, de su patología⁷⁷. Si en esos momentos es necesario que el trabajador cuente cómo se está encontrando, sólo lo hará a aquel servicio médico con el que tenga confianza y que le vea como un aliado y no como elemento que sea el canal de transmisión a la empresa de su estado de salud y que le llevará a ser despedido. Y, más aún, el trabajador sólo seguirá las recomendaciones del equipo médico o psicológico con el que se sienta identificado. Por ello, con el objetivo de consolidar el vínculo terapéutico con el TCDM se deben realizar seguimientos periódicos por el equipo

⁷⁵ MORENO SOLANA, A., *La prevención de los riesgos laborales de los Trabajadores Especialmente Sensibles*, cit., p. 33.

⁷⁶ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, cit., p. 12.

⁷⁷ HENDERSON, M., et al., “Work and common psychiatric disorders”, cit., p. 204 ponen de relieve basándose en la experiencia de una gran empresa francesa la importancia de un programa de seguimiento psicológico, específicamente para evitar bajas médicas y que, en su caso, éstas se alarguen en el tiempo.

de Vigilancia de la salud de la empresa que pueden ser muy frecuentes en los inicios de la relación laboral y dilatarse en el tiempo conforme esta vaya asentándose. Esta posición proactiva, por tanto, dista bastante del papel habitual que suele tener este servicio de salud laboral en las empresas y es que una de las adaptaciones del puesto de trabajo que precisan estos trabajadores: un Servicio de Apoyo al TCDM que se traduciría en reuniones periódicas entre la dirección de la empresa, o el mando intermedio, el propio trabajador y el servicio de Vigilancia de la Salud⁷⁸ para conseguir hablar con normalidad de cómo afecta al desempeño laboral la discapacidad mental del empleado y establecer pautas de trabajo al respecto. Asimismo, el equipo de salud laboral también podría actuar con los compañeros de trabajo del TCDM que pueden verse afectados en algún momento si hubiera una bajada en su rendimiento o si es necesaria una redistribución de tareas.

Esta posición de seguimiento constante en el ámbito laboral por parte del Servicio de Vigilancia de la Salud a las PCDM, cuando la patología del trabajador es conocida por la empresa, es la que parece que se exige a ésta por la doctrina judicial cuando los Tribunales se enfrentan a supuestos en los que el empresario decide extinguir la relación laboral tras acaecer algún incidente o hecho disruptivo. Así se desprende, por ejemplo, de la STSJ Baleares 324/2014, de 25 de septiembre, en la que se declara despido improcedente por falta de culpabilidad por enfermedad psiquiátrica. En los hechos se ve cómo la empresa conocía del trastorno mental del trabajador (esquizofrenia), era un hecho conocido por compañeros y superiores pero el servicio de vigilancia de la salud de la empresa tiene un papel muy secundario y no le visita hasta después de pasado un altercado con un compañero en las inmediaciones de la empresa. Otro supuesto sería la STSJ Madrid n° 747/2008, de 20 de octubre⁷⁹ en el que en un proceso de oficio iniciado por la Comunidad de Madrid como autoridad laboral queda constancia cómo en un posible caso de acoso (no constatado por la sentencia) en el cual el trabajador desencadena una enfermedad mental grave de la cual no se enteran ni el Servicio de Vigilancia de la Salud ni la Mutua de Accidentes de Trabajo de la Empresa. No obstante, la sentencia más interesante en este sentido es la STSJ Madrid n° 87/2007, de 6 de febrero⁸⁰, en la cual se declara como despido improcedente la decisión adoptada por la empresa por incumplimiento de un trabajador, conductor de autobús de pasajeros de línea interurbana, afectado por enfermedad psicótica conocida por la empresa dado que la empresa era responsable por inexistencia de una adecuada política de evaluación y prevención. En el supuesto de hecho se ve cómo el trabajador durante más de diez años realiza el trabajo con total solvencia y es muy valorado por sus compañeros y debido a cómo le afecta un problema personal (separación matrimonial), seguramente motivado por su problema de salud mental, hace que su rendimiento laboral decaiga y tenga hasta tres problemas graves en el trabajo: dos accidentes leves y una discusión fuerte con los viajeros. A la

⁷⁸ En esta línea, INSHT, *Salud mental y empleo. Cómo ayudar a las personas a mantener su trabajo*. Guía para empleadores, cit., p. 12.

⁷⁹ JUR/2005/220.602.

⁸⁰ Recurso de suplicación n° 5.875/2006.

empresa se le echa en falta una política de prevención de los riesgos psicosociales en la empresa y un seguimiento por el servicio de vigilancia de la salud.

Por consiguiente, la evaluación de riesgos laborales específica para el concreto TES, que lleve aparejada unas medidas de adaptación del puesto de trabajo, debe ser complementada con una estricta política de vigilancia de la salud del TCDM para comprobar en qué medida puede este trabajador realizar su actividad laboral. Esta estrategia conllevará un plan de apoyo de estos concretos trabajadores a través del servicio de salud laboral de la empresa en los términos antes indicados.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., (Coordinadora: OTERO DORREGO, C.), *Guía de Buenas Prácticas para la prevención y manejo de problemas de salud mental en trabajadores del ámbito sanitario*, Edita Escuela Nacional de Medicina del Trabajo, Madrid, 2012, accesible en: <http://publicaciones.isciii.es/unit.jsp?unitId=enmt>.
- AA.VV., FERNÁNDEZ, C., (Coord.), *Guía de Productos de Apoyo para personas con trastorno mental*, versión electrónica accesible en: <http://www.fundacionmanantial.org/guia/guia.html>
- ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Estadios Previos al Contrato de Trabajo y Discriminación*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- ALCOVER DE LA HERA, C.M. y PÉREZ TORRES, V., “Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional”, *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo* (Internet), nº57, Suplemento 1, 2011.
- COMUNIDAD DE MADRID Y OBRA SOCIAL “LA CAIXA”, *Estigma social y enfermedad mental*, Madrid, 2006.
- CRISTOBAL RONCERO, R., “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004.
- DÍAZ GARCÍA, J. A., “Propuesta para la vigilancia de la salud de los trabajadores especialmente sensibles”, *Revista Mapfre Seguridad*, Primer trimestre, 2005.
- GALIANA MORENO, J. M., “Prólogo” al libro de GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002.
- GARCÍA MURCIA, J., “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *Aranzadi Tribunal Constitucional*, nº 13, 2000.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Directores), *Seguridad y salud en el trabajo*, Editorial La Ley, Madrid, 1997.

- GIL PLANA, J., *El despido de la trabajadora embarazada*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., *La obligación empresarial de Prevención de Riesgos Laborales*, CES, Madrid, 2002.
- GOÑI SEIN, J.L., “Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador”, en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) y HORTAL IBARRA, J.C. (Coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Editorial Edisofer e IBdeF, 2009, pp. 37-71.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., *El Deber de Seguridad y salud en el Trabajo*, CES, Madrid, 1999.
- HENDERSON, M., et. al., “Work and common psychiatric disorders”, *J. R. Soc. Med.*, nº 104, 2011.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., *El Derecho a la Protección de Datos Personales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, El empleo de las personas con discapacidad. Año 2014, 2013 y 2012, publicadas, respectivamente, en diciembre de 2015, 2014 y 2013, accesibles en: <http://www.ine.es>
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, Nota Técnica de Prevención 1.004, Diseño de puestos ocupados por personas con discapacidad: adaptación y accesibilidad. publicada en 2014, accesible en: <http://www.insht.es>.
- LLUCH CORELL, F. J., “Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”, Portal de la Editorial Lefebvre *ElDerecho.com*, 1 de diciembre de 2014, accesible en: http://www.elderecho.com/tribuna_laboral/intimidad_del_trabajador-control_empresarial_11_765430001.html
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M., LAVIANA CUETOS, M. y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, S., “Rehabilitación laboral y programas de empleo”, en Pastor, A., Blanco, A. y Navarro, D., (Coords.), *Manual de rehabilitación del trastorno mental grave*, Síntesis, Madrid, 2010.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Editado por el propio Ministerio, 2006.
- MONTROYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Derecho de la Seguridad y salud en el Trabajo*, 2ª edición, McGrawHill, Madrid, 2002.
- MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., *La Vigilancia de la Salud en el ámbito laboral*, CES, Madrid, 2005.
- POQUET CATALÁ, R., *Derechos y Obligaciones de los Trabajadores en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, Editorial Bomarzo, Albacete, marzo 2015.

- RIVAS VALLEJO, P., “Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales a la luz de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad”, Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, mayo de 2014, ejemplar electrónico.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *Poder de dirección y esfera privada del trabajador*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, Oviedo (Asturias), 2009.
- RUIZ CASTILLO, M. M., “Derecho a la intimidad y controles de salud en la persona del trabajador: sentencia TC 196/2004, de 15 de noviembre”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 53 (Monográfico de los aspectos jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales), 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de Seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.
- SUPIOT, A., “¿Por qué un derecho del trabajo?”, *Documentación Laboral*, nº 39, 1993, p. 18.
- TASCÓN LÓPEZ, R., *El tratamiento por la Empresa de los Datos Personales de los Trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- TORRENTS MARGALEF, J., “Los derechos de Seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.) y LAHERA FORTEZA, J. (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- VALDÉS ALONSO, A., *Despido y protección social del enfermo bipolar. (Una contribución al estudio del impacto de la enfermedad mental en la relación laboral)*, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mental Health Atlas 2011*, Department of Mental Health and Substance Abuse, 2011, accesible en: http://www.who.int/media-centre/multimedia/podcasts/2011/mental_health_17102011/en/.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Mental Health: facing the challenges, building solutions*, 2005.